Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg5
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 5 (2004)
http://dx.doi.org/10.12946/rg05/107-127

Rg 5 2004 107 – 127

Kent D. Lerch

Vom Kerbholz zur Konzernbilanz?

Wege und Holzwege zu einem autonomen Recht der *global economy*

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Debatte

Gerd Bender	12	Solidarität!
Gerd Bender	13	Regieren durch Solidarität?
Norbert Blüm	21	Der Generationenvertrag
Alexander Graser	29	Grenzenlose Solidarität?
Alessandro Somma	35	Fare cose con la solidarietà
Michael Stolleis	49	Wer Solidarität sagt, will etwas haben

Recherche

Michael Kempe 58 Untergänge Roms
Zufall, Kausalität und Emergenz als Problem der Geschichte

Jan Philipp Reemtsma 76 Untergang
Eine Fußnote zu Felix Dahns »Kampf um Rom«

Kent D. Lerch 107 Vom Kerbholz zur Konzernbilanz?
Wege und Holzwege zu einem autonomen Recht der *global economy*

Joachim Rückert 128 Der Geist des Rechts in Jherings »Geist« und Jherings »Zweck«
Teil 1

Felix Hanschmann 150 »Geschichtsgemeinschaft«
Ein problematischer Begriff und seine Verwendung im Staats- und Europarecht

Jean Clam 163 Umweltlose Weltgesellschaft
Zur Kreisschließung von Raum und Recht

Dunja Melčić 190 Späte Gerechtigkeit
Folgen eines nationalistischen Überschwangs

Ilse Staff 207 Im Niemandsland

Kritik

Marie Theres Fögen 218 Harakiri
Andreas Flach, Fortgeltung des Zwölftafelrechts

Loretana de Libero 219 Wie die Alten sungen …
Ulrich Manthe (Hg.), Die Rechtskulturen der Antike. Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich

Rainer Maria Kiesow 223 Aus Morpheus' Werkstatt
Michael Niehaus, Das Verhör. Geschichte – Theorie – Fiktion

Bettina Emmerich 225 Waffenbrüder
Thomas Scharff, Die Kämpfe der Herrscher und der Heiligen. Krieg und historische Erinnerung in der Karolingerzeit

Susanne Lepsius 227 Mittelalter in Harmonie
Gillian R. Evans, Law and Theology in the Middle Ages

Valérie Lasserre-Kiesow 230 Destins mêlés, proximité, unité?
Jean-Louis Halpérin, Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours

Mario Montorzi 232 Nascita della fides publica
Petra Schulte, »Scripturae publicae creditur«. Das Vertrauen in Notariatsurkunden im kommunalen Italien des 12. und 13. Jahrhunderts

Karl Härter 235 Asyl für die Rechtsgeschichte
Kai Bammann, Im Bannkreis des Heiligen. Freistätten und kirchliches Asyl als Geschichte des Strafrechts
Daniela Fruscione, Das Asyl bei den germanischen Stämmen im frühen Mittelalter
Carlotta Latini, Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna
Elke Tießler-Marenda, Einwanderung und Asyl bei Hugo Grotius

Thomas Simon 243 Scherz und Ernst in der Ökonomie
Oliver Volckart, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im vormodernen Deutschland 1000–1800

Barbara Frenz 247 Absage an die »Herrengewalt«
Christine Reinle, Bauernfehden. Studien zur Fehdeführung Nichtadliger im spätmittelalterlichen römisch-deutschen Reich

Kritik

Thomas Simon 250 Policeystaat im Musterländle
André Holenstein, »Gute Policey« und lokale Gesellschaft im Staat des Ancien Régime

Marie Theres Fögen 253 Im Büro für Rechtsgeschichtspflege
Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Band I. Allgemeiner Teil. §§ 1–240

Hans-Gerhard Husung 257 Klios Pfade
Gabriele Lingelbach, Klio macht Karriere. Die Institutionalisierung der Geschichtswissenschaft in Frankreich und den USA in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts

Hans-Peter Haferkamp 259 Eingemauert in der Pyramide
Susanne Schmidt-Radefeldt, Carl Friedrich von Gerber (1823–1891) und die Wissenschaft des deutschen Privatrechts

Henning Radtke 262 Völker strafen
William A. Schabas, Der Genozid im Völkerrecht
Gerhard Werle, Völkerstrafrecht

Roger Berkowitz 267 The Aristocratic Way of Punishment
James Q. Whitman, Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe

Michael Stolleis 272 Traum und Trauma
Christoph Gusy (Hg.), Weimars lange Schatten – »Weimar« als Argument nach 1945

Stefan Ruppert 274 Wehlers Wandel
Hans-Ulrich Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte. Vierter Band: Vom Beginn des Ersten Weltkriegs bis zur Gründung der beiden Deutschen Staaten 1914–1949

Günter Frankenberg 278 Der rote Kimono
Lawrence M. Friedman, American Law in the Twentieth Century

Nikolaus Forgó 283 Den Krawattis eigene Räume
Vanessa Géczy-Sparwasser, Die Gesetzgebungsgeschichte des Internet

Marginalien

Ernesto de Cristofaro 288 Il Diritto Razzista
Una rivista dell'Italia fascista

Alfons Aragoneses 293 Atomisierte Geschichte
Zum Franquismus-Boom in Spanien

Abstracts 300

Autorenverzeichnis 305

Abbildungsnachweise 306

Vom Kerbholz zur Konzernbilanz?

Wege und Holzwege zu einem autonomen Recht der *global economy*

Die lex mercatoria, die sich abzeichnende transnationale Rechtsordnung der Weltmärkte, ist in aller Munde. Abgesehen von der vagen Idee eines eigenständigen privaten Rechts der internationalen Handels- und Wirtschaftsbeziehungen, das sich jenseits von nationalem Recht und Völkerrecht entwickeln soll, sind indes selbst die Grundfragen der mercatoristischen Doktrin im Streit: So fechten internationale Wirtschaftsjuristen »einen dreißigjährigen Krieg um die Frage der Unabhängigkeit der lex mercatoria aus, ohne daß Münster und Osnabrück in Sicht wären«.[1] Auch die Rechtsgeschichte wurde von den streitenden Parteien in diesen Glaubenskrieg verwickelt, geht die neue lex mercatoria angeblich doch zurück auf »das mittelalterliche universale Kaufmannsgewohnheitsrecht des interregionalen und internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs, das sich außerhalb des römischen Rechts autonom und in eigenständigen handels- und gesellschaftsrechtlichen Formen entwickelt hatte«.[2] Strittig ist, ob die neue lex mercatoria ihren Namen zu Recht trägt oder nur dessen historische Dignität ausbeutet und dadurch eine ihr nicht zukommende Universalität und Autonomie suggeriert;[3] kaum hinterfragt wurde dagegen, ob das immer wieder bemühte historische Vorbild auch tatsächlich die ihm zugeschriebenen Eigenschaften aufweist.

Nur zu gut scheint die Auffassung, schon im Mittelalter habe es ein universales Kaufmannsrecht, eben eine lex mercatoria, gegeben, in das gängige Bild von der Geschichte des europäischen Handelsrechts zu passen; sie geht in ihren Grundzügen noch auf Levin Goldschmidt zurück, der seine Universalgeschichte des Handelsrechts auf die Annahme stützte, die kosmopolitische Natur des Handels, welcher eine Weltwirtschaft mit internationaler Arbeitsteilung anstrebe, habe zu einer frühzeitigen, international gleichen Gestaltung des Handelsrechts und einer dadurch bedingten, auffallenden Kontinuität der Rechtsentwicklung geführt.[4] Goldschmidts Behauptung sollte sich als unerwartet wirkungsmächtig erweisen: Wiewohl sein opus magnum unvollendet blieb und es

1 Gunther Teubner, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, in: RJ 15 (1996) 255, 264. Vgl. auch Yves Dezelay u. Bryant G. Garth, Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, Chicago 1996, Hans-Joachim Mertens, Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law?, in: Global law without a state, hg. von Gunther Teubner, Aldershot 1996, und A. Claire Cutler, Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy, Cambridge 2003.

2 So Ursula Stein, Lex mercatoria. Realität und Theorie, Frankfurt 1995, 4.

3 Kritisch etwa Christian von Bar, Typen des internationalen Einheitsrechts und das Internationale Privatrecht, in: Recht und Wirtschaft. Ringvorlesung im Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück 1984/85, Köln 1985, 19 ff.; skeptisch auch Johannes Bärmann, Ist internationales Handelsrecht kodifizierbar? in: Festschrift F. A. Mann, München 1977, 547 ff., 553. Die Parallelen zwischen alter und neuer lex mercatoria unterstreichen dagegen Leon E. Trakman, The Law Merchant, Littleton, Co. 1983, 39 f., Harold J. Berman u. Colin Kaufman, The law of international commercial transactions (Lex Mercatoria), in: Harvard Intern. Law Journal 19 (1978) 235 ff., 273 f., und Hercules Booysen, Die internationale lex mercatoria, in: Archiv des Völkerrechts 30 (1992), 196 ff., 205.

4 Levin Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Erster Band: Universalgeschichte des Handelsrechts, 3. Aufl. Stuttgart 1891, 16.

Kent D. Lerch

auch seinen Schülern nicht recht gelingen wollte, die kühn in den Raum gestellte These ihres Meisters zu belegen, wurde sein Ansatz doch immer wieder zustimmend aufgegriffen und schließlich von dem Mercatoristen Clive M. Schmitthoff zur historischen Begründung eines autonomen, sich selbst schaffenden und erneuernden transnationalen Weltwirtschaftsrechts herangezogen.[5]

Schmitthoff behauptete, die enge Bindung des Handelsrechts an die kaufmännischen Gewohnheiten, die man in dem aufkommenden International Business Law beobachten könne, sei nichts Neues, sondern auch schon in der Vergangenheit bekannt gewesen.[6] So habe der Londoner Kaufmann Gerard Malynes in seiner 1622 erschienenen Schrift *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria: or, The Ancient Law-Merchant* mit lex mercatoria das alte, also mittelalterliche Kaufmannsrecht bezeichnet, das in allen Königreichen und Gemeinwesen anerkanntes Gewohnheitsrecht und nicht durch einen Herrscher geschaffenes Gesetz sei: »I have intituled the Booke, according to the ancient name of Lex Mercatoria, and not Ius Mercatorum; because it is a Customary Law approved by the authoritie of all Kingdomes and Commonweales, and not a Law established by the Soveraigntie of any Prince, either in the first foundation or by continuance of time.«[7] Dieses auf den althergebrachten kaufmännischen Gewohnheiten beruhende Recht zeichne sich dadurch aus, dass es schon seit alters her in allen Ländern unverändert Anwendung finde: »The Law-Merchant hath alwaies beene found semper eadem, that is, constant and permanent without abrogation, according to her most auncient customes, concurring with the law of nations in all countries.«[8] Ähnlich wie das neue Welthandelsrecht verdanke die von Malynes beschriebene lex mercatoria ihre einheitliche Ausgestaltung dabei dem internationalen Charakter des Handels: Vor allem die großen Messen, der Seehandel, die besonderen Kaufmannsgerichte und die Notariate hätten insoweit eine stark vereinheitlichende Wirkung ausgeübt und dafür gesorgt, dass sich seit dem Mittelalter in Europa ein universales Kaufmannsgewohnheitsrecht ausgebildet habe.[9] Nachdem dieses im 18. und 19. Jahrhundert in die nationalen Rechtsordnungen übernommen worden sei und dadurch den Anspruch auf internationale Geltung verloren habe, trete nun aber wieder der kosmopolitische Charakter des Welthandelsrechts in den Vordergrund, so dass man gegenwärtig das Entstehen einer neuen, universalen lex mercatoria beobachten

5 Siehe Karl Otto Scherner, Lex mercatoria – Realität, Geschichtsbild oder Vision? in: ZRG GA 118 (2001) 148 ff. und Albrecht Cordes, Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria, in: ZRG GA 118 (2001) 168 ff.

6 Clive M. Schmitthoff, Commercial Law in Action, 1957, und Ders., International Business Law: A New Law Merchant, 1961, beide abgedr. in: Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, Dordrecht 1988, 16 ff., 20 ff.

7 Gerard Malynes, Consuetudo, vel, Lex Mercatoria: or, The Ancient Law-Merchant, London 1622, 3.

8 Epistle Dedicatorie to the Most High & Mighty Monarch, James, in: Gerard Malynes, Consuetudo, vel, Lex Mercatoria: or, The Ancient Law-Merchant, London 1622, 1.

9 Schmitthoff stützte sich insoweit vor allem auf Wyndham A. Bewes, The Romance of the Law Merchant, London 1923, eine Schrift, die allerdings weniger als rechtshistorische Arbeit denn als Beitrag zur geltenden Handelsrechtsdiskussion gedacht war und schon zu ihrer Zeit nicht mehr repräsentativ für den Forschungsstand der englischen Rechtsgeschichte gelten konnte, vgl.: *Lex Mercatoria* and Legal Pluralism. A Late Thirteenth-Century Treatise and its afterlife, hg. von Mary Elizabeth Basile, Jane Fair Bestor, Daniel Coquillette u. Charles Donahue, Cambridge, Mass. 1998, 174 ff.

könne.[10] Selten war einem historischen Argument größerer Erfolg beschieden: Die Behauptung, mit der Schaffung eines weltweit geltenden Handelsrechts durch die internationale Kaufmannschaft werde im Grunde nur das schon seit dem Mittelalter bestehende Kaufmannsgewohnheitsrecht wieder belebt, erwies sich als so eingängig, dass der bis dahin nur in englischen Quellen verwandte und auch in der kontinentalen Rechtsgeschichte nicht geläufige Begriff der lex mercatoria nun gleich für das neue, autonome Recht des Welthandels gebräuchlich wurde; Clive Schmitthoffs griffige These aber gehört seither zum Gemeingut der Mercatoristen und ist aus der nach wie vor mit Vehemenz geführten Diskussion um das transnationale Wirtschaftsrecht nicht mehr wegzudenken.[11]

Es sollte indes nicht dabei bleiben, dass sich die Mercatoristen bei der Rechtsgeschichte mit Munition versorgten: Vielmehr bemühten sich auch die Rechtshistoriker – stets besorgt um den praktischen Nutzen ihrer Disziplin – nach Kräften darum, den Mercatoristen Schützenhilfe zu leisten. So schaltete sich Harold J. Berman in die laufende Debatte mit dem Hinweis ein, dem mittelalterlichen Handelsrecht komme ein besonderer Stellenwert für die weitere Entwicklung der westlichen Rechtsordnung zu. Nachdem sich das römische Recht als ungeeignet erwiesen habe, die nationalen und internationalen Handelsprobleme zu lösen, die im Gefolge der »kommerziellen Revolution« auftraten, sei im späten elften und zwölften Jahrhundert eine neue Art des Handelsrechts entstanden: »Damals bildeten sich die Grundbegriffe und -institutionen des modernen westlichen Handelsrechts (lex mercatoria) aus, und noch wichtiger, damals wurde das Handelsrecht im Westen zum ersten Mal als ein einheitliches, sich entwickelndes System, als ein Rechtskorpus gesehen.«[12] Dabei seien es nicht die Gelehrten des römischen Rechts an den Universitäten gewesen, die ein Handelsrecht geschaffen hätten, welches den Bedürfnissen der neu aufgekommenen Kaufmannsklasse entsprochen habe; vielmehr sei die Entwicklung des Handelsrechts weitgehend den Kaufleuten selbst überlassen geblieben, die internationale Messen und Märkte organisierten, Handelsgerichte bildeten und Vertretungen in den neuen Städten errichteten. Aufgrund des kosmopolitischen, transnationalen Charakters eines großen Teils des mittelalterlichen Handels habe das Handelsrecht in Westeuropa eine weitgehend einheitliche Ausbildung erfahren und so »den Charakter eines

10 Schmitthoff, International Business Law (Fn. 6) 25 ff., 27.

11 So sehen auch Werner Lorenz, Die lex mercatoria: Eine internationale Rechtsquelle?, in: Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1986, 407 ff., Andreas Kappus, »Lex mercatoria« in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention, Frankfurt a. M. 1990, Paul-Frank Weise, Lex Mercatoria. Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt a. M. 1990, und Rudolf Meyer, Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition, Göttingen 1994, allesamt in dem mittelalterlichen Kaufmannsgewohnheitsrecht einen wichtigen Vorgänger der heutigen lex mercatoria.

12 Harold Joseph Berman, Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Mass. 1983; deutsche Übersetzung: Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition. Frankfurt a. M. 1991, 527. Bei dem im Deutschen als »Rechtskorpus« übersetzten »body of law« handelt es sich um die in der englischen Rechtsgeschichte übliche Bezeichnung für eine Rechtsquelle. Während eine solche Bezeichnung für die Rôles d'Oléron oder eben auch das englische Law Merchant durchaus angebracht sein kann, hat Berman diese spezifisch englische Begrifflichkeit ohne großes Zögern auf das gesamte mittelalterliche Kaufmannsrecht übertragen, vgl. Scherner, Lex mercatoria (Fn. 5) 148 ff., 153 f. Kritisch zu dieser These Harold Bermans auch Albrecht Cordes, Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria (Fn. 5) 168 ff., 172 ff.

integrierten Systems von Grundsätzen, Begriffen, Vorschriften und Verfahren« erlangt: »Die verschiedenen Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit den Handelsbeziehungen wurden bewußt aufgefaßt als Bestandteile eines ganzen Rechtskorpus, der lex mercatoria. Viele verschiedene handelsrechtliche Institutionen, die damals entstanden, wie veräußerliche Wertpapiere, Kreditgarantien und Gemeinschaftsunternehmen, sowie viele ältere Rechtsinstitutionen, die damals neu gefaßt wurden, sah man alle als zu einem selbständigen und zusammenhängenden System gehörig an.«[13] Dieses ebenso universale wie autonome System des Handelsrechts sei zugleich ein sich entwickelndes System gewesen, das ein organisches Wachstum erfahren habe. Die Objektivität des Handelsrechts, die Spezifizität seiner Normen und die Genauigkeit seiner Begriffe hätten daher mit der Zeit noch zugenommen, seine Universalität und Allgemeinheit gegenüber lokalen Unterschieden die Oberhand gewonnen. Damit habe es den Bedürfnissen der Kaufleute in so vortrefflicher Weise entsprochen, dass es seine Geltung bis ins 18. und 19. Jahrhundert habe bewahren können, bevor die nationalen Gesetzgeber dem ein Ende bereitet hätten.

Es nimmt nicht wunder, dass das von weiteren Nachweisen ungetrübte Bild, welches Berman hier zeichnete, bei den Mercatoristen auf große Zustimmung traf; mindestens ebenso sehr aber muss es erstaunen, dass es nicht auf massive Kritik aus den Reihen der Rechtsgeschichte gestoßen ist, haben neuere begriffsgeschichtliche Untersuchungen,[14] die mediävistische Justizforschung[15] und die Stadtrechtsgeschichte[16] in den letzten Jahrzehnten doch dazu beigetragen, den Mythos von einer einheitlichen mittelalterlichen Normenwelt endgültig zu begraben. Ausdruck des neuen Problemzugangs sind die seit den sechziger Jahren verstärkt auftretenden Auseinandersetzungen um den Rechtsbegriff des Mittelalters, bei denen die Vorstellung eines zwar nur mündlich überlieferten, aber kohärenten und subsumtionsbereiten Komplexes von Gewohnheitsrechtssätzen ins Wanken geraten ist.[17] Wenn es aber kein anwendbares Gewohnheitsrecht gegeben hat, muss auch das Modell der subsumtiven Rechtsanwendung verabschiedet werden; dementsprechend geht man in der rechtshistorischen Mediävistik nunmehr einhellig davon aus, dass der mittelalterliche Rechtsbegriff formal-prozessual war, ordnungsgemäße Rechtsfindung sich also durch das richtige Verfahren – und nicht durch Rechtsinhalte – auszuweisen hatte.[18]

13 Berman, Recht und Revolution (Fn. 12) 549.

14 Siehe etwa Karl Kroeschell, Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, in: Vorträge und Forschungen XII, Konstanz 1968, 309 ff.

15 Vgl. Karin Nehlsen-von Stryk, Zum »Justizbegriff« der rechtshistorischen Germanistik, in: Ius Commune 17 (1990) 189 ff., Knut Wolfgang Nörr, Arbeitsmethodische Fragen einer Forschung zum mittelalterlichen Zivilprozeß, in: Proceedings of the second international congress of medieval canon law, Cité du Vatican 1965, 347 ff., Hans Schlosser, Situation, Zielsetzung und Perspektiven der rechtshistorischen Forschung zum Zivilprozeß, in: ZNR 4 (1982) 42 ff.

16 Dazu Gerhard Dilcher, »Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend«. Zur Stellung der mittelalterlichen deutschen Stadtrechte in einer europäischen Rechtsgeschichte, in: ZRG GA 106 (1989) 12 ff. m. w. N.

17 Kroeschell, Recht und Rechtsbegriff (Fn. 14) 309 ff., Gerhard Köbler, Das Recht im frühen Mittelalter, Köln 1971, Gustav Klemens Schmelzeisen, Objektives und subjektives Recht. Zu ihrem Verhältnis im Mittelalter, in: ZRG GA 90 (1973) 101 ff. Einen Überblick über den Gang der Forschung bietet Johannes Liebrecht, Das gute alte Recht in der rechtshistorischen Kritik, in: Funktion und Form. Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte, hg. von Karl Kroeschell u. Albrecht Cordes, Berlin 1996.

18 Karl Kroeschell, Rechtsfindung. Die mittelalterlichen Grundlagen einer modernen Vorstellung, in: Festschrift für Hermann Heimpel, Göttingen 1972, Bd. III, 498 ff. Bereits Wilhelm Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl. Göttingen 1958, hatte auf die Bedeutung des Gerichtsverfahrens hingewiesen; siehe auch Claus-Dieter Schott, Pactus, Lex und Recht, in: Die Alemannen in der Frühzeit, hg. von Wolfgang Hübener, Bühl 1974, 156 ff., Gustav Klemens Schmelzeisen, Rechtsfindung im Mittelalter? in: ZRG GA 91 (1974) 73 ff., Gunter Gudian, Zur Charakterisierung des deutschen mittelalterlichen Schöffenrechts, in: Festschrift für Helmut Coing, hg. von Norbert Horn, München 1982, Bd. I, 113 ff., und Jürgen Weitzel, Dinggenossenschaft und Recht, Köln 1985, 941 ff., 1344 ff. Der neueste Stand der Diskussion ist wiedergegeben in: Rechtsbegriffe im Mittelalter, hg. von Albrecht Cordes u. Bernd Kannowski, Frankfurt 2002.

Die Erkenntnisse der Germanistik scheinen sich indes nicht sonderlich weit verbreitet zu haben, denn seither haben sich auch die Neopandektisten die von Levin Goldschmidt begründete und durch die Mercatoristen wiederbelebte These von einem universalen Kaufmannsgewohnheitsrecht zu Eigen gemacht, sind sie doch zu der Auffassung gelangt, die Auseinandersetzung um die lex mercatoria sei »auch für die Entwicklung des inzwischen von vielen Seiten geforderten neuen ius commune europaeum von maßgeblicher Bedeutung.«[19] Gleich den Mercatoristen sehen sie das geltende Recht als noch zu sehr dem nationalen Denken verhaftet und halten die rechtserzeugende Kraft einer internationalen Rechtsgemeinschaft, die an die mittelalterliche Tradition von lex mercatoria und ius commune anknüpfe, für »überzeugender und zeitgemäßer als das Rechtsdenken in etatistischen Kategorien«.[20] Mit dem Aufzeigen von Entwicklungslinien zwischen dem römischen Recht, der mittelalterlichen und der modernen lex mercatoria soll daher nicht nur den Mercatoristen in ihrem Streit beigestanden, sondern gleichzeitig auch eine Rückbesinnung auf die gemeineuropäische Rechtskultur geleistet werden.

Als schwerwiegendes Hindernis steht dem »Prozeß einer Reeuropäisierung des Rechts im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft auf der Basis des historisch Gewachsenen« allerdings entgegen, dass mit dem kontinentaleuropäischen Recht und dem englischen Common Law zwei einander ganz fremde Rechtstraditionen zu harmonisieren sind; es nimmt daher nicht wunder, dass Reinhard Zimmermann wiederholt zu zeigen versucht hat, dass England »in Wahrheit von der kontinentalen Rechtskultur niemals völlig abgeschnitten war«.[21] Neben einer eher im Verborgenen erfolgenden Rezeption des gelehrten Rechts und dem von der kirchlichen Gerichtsbarkeit gehandhabten kanonischen Recht sieht er »eine weitere Quelle europäisch inspirierter Modernisierung des englischen Rechts« vor allem in der lex mercatoria, die »der hervorragenden wirtschaftlichen Bedeutung des Fern- und Seehandels entsprechend … trotz vielfacher lokaler Unterschiede im Detail einen grundsätzlich international einheitlichen Charakter« gehabt habe und ein »gesamteuropäisches Sonderrecht für Kaufleute« gewesen sei, das auch in England Anwendung gefunden habe: »Seine Wirtschaft war in das europäische Fernhandelssystem integriert, und auch die internationale lex mercatoria musste sich daher dort ausbreiten. Sie tat dies, der allgemeinen ›precocity‹

19 Meyer, Bona fides und lex mercatoria (Fn. 11) 22.

20 Meyer, Bona fides und lex mercatoria (Fn. 11) 17 f. Ähnlich Harold J. Berman u. Charles Reid, Römisches Recht in Europa und das ius commune, in: ZEuP 1995, 3 ff.

21 Reinhard Zimmermann, Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, in: ZEuP 1993, 4 ff., 8. Siehe auch Reinhard Zimmermann, »Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter …« Condicio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts, in: AcP 193 (1993) 121 ff.

Englands entsprechend, sogar vergleichsweise früh und umfassend. In dem Little Red Book of Bristol ist uns eine Abhandlung zur lex mercatoria bereits aus dem Jahre 1280 überliefert, und auch Fleta, eines jener Praktikerbücher auf den Spuren von Bracton, bezeichnet das Handelsgewohnheitsrecht ausdrücklich als lex mercatoria.«[22]

Was diese »lex mercatoria, anglice Law Merchant« nun gewesen ist außer der spezifisch englischen, nur »im Detail« unterschiedlichen Ausprägung eines gesamteuropäischen Sonderrechts für Kaufleute, erfährt man von Reinhard Zimmermann leider nicht; da er aber hinsichtlich der Eigenarten der mittelalterlichen lex mercatoria auf Harold J. Bermans Ausführungen verweist,[23] wird man wohl davon ausgehen dürfen, dass auch er annimmt, das Kaufmannsgewohnheitsrecht sei ein einheitliches, integriertes System von materiellen Rechtsregeln gewesen. Mit einer solchen Beurteilung des englischen Law Merchant stünde er indes in unmittelbarem Gegensatz zu der neueren englischen Rechtsgeschichte, allen voran John H. Baker, der schon Ende der siebziger Jahre darauf hingewiesen hat, dass die mittelalterlichen englischen Juristen das Law Merchant zwar als ein vom Common Law verschiedenes Recht ansahen, daraus aber keineswegs gefolgert werden könne, das Law Merchant habe ein eigenständiges System materiellen Rechts dargestellt; vielmehr spreche einiges dafür, dass es sich um ein vor allem durch sein Verfahren ausgezeichnetes Recht gehandelt habe: »When medieval lawyers distinguished systems of ›law‹, they usually had procedure in mind. Substantive justice was immutable, invariable and, of course, unattainable on earth; in the mortal world the quality of justice depended on the available mechanisms.«[24]

Nicht oft findet man derart gegensätzliche Beurteilungen über einen Gegenstand, wie sie für die mittelalterliche lex mercatoria abgegeben wurden und immer noch getroffen werden. Will man sich Klarheit über die Eigenschaften des mittelalterlichen Kaufmannsgewohnheitsrechts verschaffen, hilft daher letztlich nur ein Blick in die Quellen, von denen immer wieder die gleichen bemüht, wenn auch offensichtlich nur selten gelesen werden: das *Little Red Book of Bristol, Fleta* und Gerard Malynes' *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria: or, The Ancient Law-Merchant.*[25] Merkwürdigerweise wird letztere am häufigsten angeführt, obwohl es doch mehr als fragwürdig erscheinen muss, einen Londoner Kaufmann des

22 Zimmermann, Der europäische Charakter des englischen Rechts (Fn. 21) 29 ff.

23 Reinhard Zimmermann, Der europäische Charakter des englischen Rechts (Fn. 21) 4 ff., Fn. 155 und 162.

24 John H. Baker, The Law Merchant and the Common Law before 1700, in: Cambridge Law Journal 1979, 295 ff., 300; so nun auch James Steven Rogers, The Early History of the Law of Bills and Notes. A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law, Cambridge 1995, 20 ff., und *Lex Mercatoria* and Legal Pluralism (Fn. 9) 63.

25 Angesichts dessen, dass es sich um eine recht überschaubare Anzahl von Stellen handelt, mutet es doch eher merkwürdig an, wenn der Verzicht auf entsprechende Quellenbelege damit begründet wird, die geschichtliche Analyse solle nicht in einer »historischen Faktenhuberei«, die auf eine ohnehin nicht zu erreichende Vollständigkeit abziele, enden; so jedenfalls Rudolf Meyer, Bona fides und lex mercatoria (Fn. 11) 24.

17. Jahrhunderts als den wichtigsten Gewährsmann für ein universales mittelalterliches Kaufmannsgewohnheitsrecht heranzuziehen; das *Fleta* genannte Rechtsbuch findet dagegen nur gelegentlich Erwähnung im mercatoristischen Schrifttum, während die sicherlich bedeutendste Quelle, die im *Little Red Book of Bristol* enthaltene Handschrift mit dem Namen *Lex Mercatoria,* allenfalls einmal in rechtshistorischen Arbeiten behandelt wird.[26]

Das *Little Red Book,* welches seinen Namen wie so viele mittelalterliche Stadtbücher seiner Größe und der Farbe seines Einbandes verdankt,[27] enthält eine ganze Reihe von Einträgen und Traktaten handelsrechtlichen Inhalts; einer von ihnen ist die *Lex Mercatoria* genannte Abhandlung, die zuverlässig auf die Jahre kurz nach 1280 datiert werden kann und damit die früheste Erwähnung des Begriffs lex mercatoria darstellt.[28] Die in 21 Kapitel unterteilte Handschrift folgt einem klaren Aufbau: Nachdem zunächst die Natur der lex mercatoria und ihre Beziehung zum Common Law beschrieben worden ist, führt der Verfasser dann durch das Verfahren vor einem der Kaufmannsgerichte, von der Ladung des Beklagten bis zur Vollstreckung des Urteils. Der Aufbau der Abhandlung gleicht mithin dem eines ordo iudiciarius, wie man ihn schon in Glanvills *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae* findet; sie reiht sich damit ein unter die im späten 13. und frühen 14. Jahrhundert weit verbreiteten Ausbildungsschriften wie die als *Fleta* und *Britton* bekannten Revisionen von Bracton und einige andere, weniger bedeutende Traktate, die sich meist mit den Königsgerichten in Westminster oder den königlichen Reiserichtern befassen, bisweilen aber auch andere Gerichtsbarkeiten wie den Court Baron zum Gegenstand haben.[29]

Hinsichtlich der Natur der lex mercatoria erklärt der Verfasser, man nehme an, dass das Handelsrecht vom Markte herrühre, so dass es erforderlich sei zu wissen, wo die Märkte abgehalten würden, von denen sich dieses Recht herleite; solche Märkte gebe es aber nur an fünf Orten, und zwar in Städten, Messen, Häfen, Marktstädten und Boroughs:

»I. What, When, Where, Among Whom, and Concerning What It Is.
Mercantile law is thought to come from the market, and thus we first need to know where markets are held from which such laws derive. So it should be observed that such markets take place in only five [types of] place, specifically in cities, fairs, seaports, market-towns, and boroughs, and this by reason of the market.«[30]

26 Das mag auch daran liegen, dass es bis vor kurzem nur eine schwer zugängliche Edition dieser Quelle gab: The Little Red Book of Bristol, hg. von Francis Bickley, Bristol 1900. Mit dem Erscheinen der von Mary Elizabeth Basile, Jane Fair Bestor, Daniel Coquillette und Charles Donahue herausgegebenen Edition *Lex Mercatoria* and Legal Pluralism (Fn. 9) steht nun erstmals eine auch wissenschaftlichen Ansprüchen genügende Übersetzung der nur in einem Exemplar überlieferten Handschrift zur Verfügung.

27 Ähnliche Stadtrechtsbücher oder »Custumals« sind etwa das White Book of London, das Red Book of Colchester, das Black Book of Exeter, das Oak Book of Southampton und das Chain Book of Dublin; siehe C. H. S. Fifoot, History and Sources of the Common Law, London 1949, 293, und Mary Bateson, Borough Customs, Selden Society Vol. 18, London 1906, xviii–lvi.

28 *Lex Mercatoria* and Legal Pluralism (Fn. 9) 110.

29 Siehe hierzu Paul Brand, Legal Education in England before the Inns of Court, in: Learning the Law. Teaching and the Transmission of the Law in England 1150–1900, hg. von Jonathan A. Bush u. Alain Wijffels, London 1999, 51–84.

30 »[I.] Que, cuando, ubi, inter quos et de quibus sit
Lex mercatoria a mercato provenire sentitur et inde primo sciendum est ubi mercatur se tenet de quo huiusmodi leges proveniunt. Unde advertendum est quod mercatum huiusmodi se habet in quinque locis tantum[,] scilicet in civitatibus, nundinis, portubus supra mare, villis mercatoriis et burgis[,] et hoc racione mercati.«

Genau so, wie die Märkte an diesen fünf Orten abgehalten würden, erfolge auch die Handhabung der lex mercatoria: In den Städten und Messen Stunde um Stunde, in den Häfen von Tide zu Tide, und in den Marktstädten und Boroughs von Markttag zu Markttag; dabei erstrecke sie sich auf alle Sachen außer solchen, in denen es um Land gehe: »To these laws naturally pertain all pleas excepting only those of land.«[31] Danach fährt der Autor damit fort, die lex mercatoria dem Common Law gegenüberzustellen und die drei Unterschiede zwischen den beiden Rechten zu benennen:

»II. In What Way Mercantile Law Differs from the Common Law.
The law of the market differs from the common law of the kingdom in three general ways. First, it generally delivers itself [of a judgement] more quickly.
Second, whoever pledges someone to answer for a trespass, covenant, debt, or detinue of chattels pledges the whole debt, damages, and costs of the plaintiff, if the one pledged is convicted and does not have enough [to pay the judgement] within the bounds of the market. And if the one pledged happens to be first attached by gage or by chattels and afterwards he takes the gage away, when the market-reeve lets him take it outside the bounds of the market on account of such a pledging, the pledge should answer the court or the plaintiff for a gage of this sort or its value.
And [the law of the market] differs in a third way because it does not admit anyone to [wager of] law on the negative side, but in this law it always belongs to the plaintiff to prove, for example, by suit or by deed or both, and not to the defendant.«[32]

Wie man sehen kann, sind alle der drei von dem Verfasser der *Lex Mercatoria* hervorgehobenen Unterschiede solche, die sich auf das Verfahren beziehen: die lex mercatoria führe schneller zu einem Urteil; sie erlaube es dem Kläger, von Dritten als Sicherheit erbrachte Bürgschaften in voller Höhe einzutreiben, sollte der Beklagte nicht imstande sein, die ganze dem Kläger gebührende Summe sofort begleichen zu können; und sie verweigere es dem Beklagten, sich durch Reinigungseid zu befreien, wohingegen sie dem Kläger gestatte, den Beweis durch Urkunden oder Augenzeugen zu erbringen. Ansonsten aber solle in Common Law wie lex mercatoria das gleiche Verfahren Anwendung finden, sowohl für Klagen wie für Klageerwiderungen, für Versäumnisse, Verspätungen und Verzögerungen ebenso wie für die Urteile und deren Vollstreckung:

»And with respect to other matters, such as prosecutions, defenses, essoins, defaults, delays, judgements, and executions of judgements, the same process should be used in both laws.«[33]

31 »[I.] … Ad leges ista pertinet naturaliter omnia placita preter placita terre tantum.«

32 »[II.] Quomodo lex mercatoria differt a lege communi.
Lex mercati differt a communi lege regni tribus modis in genere [:] primo quod celerius deliberat se ipsam.
Secundo quod qui plegiat aliquem ad respondendum de transgressione, convencione, debito seu catallorum detencione plegiat totum debitum, dampnum et expensas querentis, si plegiatus suus convictus sit et non sufficiat infra bundas mercati, et si forte plegiatus ille primo sit attachiatus per vadium sive per catalla et postea vadium illud elongaverit vel dimissum fuerit per huiusmodi plegacionem per prepositum mercati extra bundas mercati, respondeat plegius de huiusmodi vadio seu eius precio curie seu querenti.
Et tercio modo differt in eo quod non admittit aliquem ad legem in parte negativa, sed semper in ista lege querentis est probare, ut per sectam vel per factum seu per utrumque et non defendentis.«

33 »[II.] … Et quod alia, ut quoad prosecuciones, defensiones, essonia, deflate, dilaciones, iudicia et executiones iudiciorum, observandus est idem processus in utrisque legibus.«

Es versteht sich, dass dies eine starke Vereinfachung ist; wäre es so und nicht anders, erübrigten sich die nachfolgenden neunzehn Kapitel der Abhandlung. Aber auch im Weiteren ist in dem Traktat nie von materiellen Rechtsregeln, sondern stets nur vom Verfahren die Rede: So wird behandelt, wie das erste Auftreten des Klägers vor Gericht zu protokollieren ist (III.), in welchen Fällen Aufschub gewährt werden soll (IV.), wie bei Säumnis des Beklagten zu verfahren ist (V.) und welche Beweismittel zulässig sind (VI.). Nahezu beiläufig erfahren wir von einem weiteren Unterschied zum Common Law, welchen der Verfasser offensichtlich als so selbstverständlich ansah, dass er ihn bei seiner Gegenüberstellung von lex mercatoria und Common Law nicht mehr eigens erwähnt hat: Dem Gericht stehe zwar der Bürgermeister oder der Seneschall des Marktherren vor, aber die Urteile sollen von den Kaufleuten gefällt werden (XII.):

»In every market court, every judgement ought to be rendered by merchants of the same court and not by the mayor or by the seneschal of the market.«[34]

Besondere Aufmerksamkeit widmet der Verfasser dagegen den Aspekten des Verfahrens, die zu einem schnellen Urteil führen: Nachdem schon zu Beginn der Abhandlung erwähnt wird, dass die Kaufmannsgerichte sich danach richteten, wie die Märkte abgehalten würden und daher in den Städten und Messen Stunde um Stunde, in den Häfen von Tide zu Tide und in den Marktstädten und Boroughs von Markttag zu Markttag zusammenträten (I.), wird im Weiteren ausgeführt, dass dem Beklagten nur einmal ein Aufschub (essoins) gewährt werden solle und er sich ansonsten binnen eines Tages, auf den Messegerichten sogar binnen einer Stunde, zur Sache einzulassen habe (IV.); bei Säumnis des Beklagten seien seine Waren sofort zu beschlagnahmen, von unbeteiligten Kaufleuten zu schätzen und zu verkaufen (V.), ebenso wie auch die Vollstreckung des Urteils unverzüglich erfolgen solle (XIII.).

Das schnelle Verfahren ist sicherlich das Kennzeichen der lex mercatoria, welches in den älteren Quellen am stärksten hervorgehoben wird. So erwähnt schon Bracton, dass für die Ladung des Beklagten auch weniger als die vom Common Law vorgeschriebenen fünfzehn Tage genügen könnten, wenn schnell Gerechtigkeit ergehen solle, so wie bei den Kaufleuten, welche ihr Recht von den Piepowder Courts genannten Messegerichten erhielten:

34 »[XII.] In omni curati mercati singula iudicia reddi debent per mercatores eiusdem curie et non per maiorem nec per senescallum mercati«.
Das White Book of London geht hier noch weiter, wenn es eine Jury »half of denizens and half of foreigners dwelling in the town« vorschreibt, vgl. Borough Customs, hg. von Mary Bateson, Selden Society Vol. 21, London 1906, 184.

»Also because of persons who ought to have swift justice, as merchants, to whom justice is done piepowder, and thus, for good reason, the time of summons is shortened and sometimes provides a period of less than fifteen days.«[35]

Da sich der Schutz des Common Law nicht auf Fremde erstreckte, dieser Zustand aber gegenüber ausländischen Kaufleuten, die mit Erlaubnis des Königs oder auf seine Einladung ins Land kamen, nicht gut aufrechterhalten werden konnte, wies Edward I. die königlichen Amtswalter der Messen, Märkte, Städte und Boroughs in der *Carta Mercatoria* von 1303 darauf hin, dass sie den Kaufleuten schnelle Gerechtigkeit widerfahren lassen sollten, von Tag zu Tag und ohne Verzögerung, wie es dem Law Merchant entspreche:

»All bailiffs, and ministers of fairs, cities, boroughs and market-towns, do speedy justice to the merchants aforesaid, who complain before them from day to day without delay according to the law merchant touching all and singular plaints which can be determined by the same law.«[36]

Auch fünfzig Jahre später bemühte sich der englische König, nun Edward III., ausländische Kaufleute ins Land zu holen. Er gewährte fremden Kaufleuten in den fünfzehn Stapelhäfen für Wolle, Leder und Blei seinen besonderen Schutz und verfügte in dem Statute of the Staple von 1353, dass die in den Stapelhäfen Handel treibenden Kaufleute in allen mit dem Stapelhandel zusammenhängenden Angelegenheiten nicht dem Common Law, sondern dem Law Merchant unterworfen sein sollen:

»We have ordained and established, That the Mayors and Constables of the Staple shall have jurisdiction and cognisance within the Towns where the Staples shall be, and that all merchants coming to the Staple, their servants and household in the staple, shall be ruled by the Law Merchant of all things touching the Staple, and not by the Common Law of the land nor by the usage of cities, boroughs or other towns; and that they shall not implead not be impleaded before the Justices of the said places in pleas of Debt, Covenant and Trespass touching the Staple.«[37]

Ähnlich wie im *Little Red Book of Bristol* ist allerdings auch im *Statute of the Staple* nur von verfahrensrechtlichen Regelungen die Rede, wenn vom Law Merchant gesprochen wird. Wiederum geht es vor allem um das rasche Verfahren, so etwa, wenn ausgeführt wird, es solle entsprechend dem Law Merchant von Tag zu Tag und von Stunde zu Stunde schnelle Gerechtigkeit geübt werden:

35 »Item propter personas qui celerem habere debent iustitiam, sicut sunt mercatores quibus exhibetur iustitia pepoudrus, et sic ex causa moderatur tempus summonitionis et continet minus tempus quandoque quam spatium quindecim dierum«, Henry de Bracton, De Legibus et Consuetudinibus Angliae, hg. von G. E. Woodbine u. S. E. Thorne, Cambridge, Mass. 1968, l. v. f. 334 a.

36 Carta Mercatoria, 31 Edw. I, gedr. in: English Economic History.: Selected Documents, hg. von A. E. Bland, P. A. Brown und R. H. Tawney, London 1914, 211 ff.

37 Statute of the Staple, 27 Edw. III, Cap. 8, abgedr. bei Fifoot, History and Sources of the Common Law (Fn. 27) 315 ff.

»Because we have taken all the merchant strangers coming into our said realm and lands into our special protection and moreover granted to do them speedy remedy of their grievances, if any be to them done; We have ordained and established, That if any outrage or grievance be done to them in the country out of the Staple, the Justices of the place where such outrages shall be done shall do speedy justice to them according to the Law Merchant from day to day and from hour to hour, without sparing any man or to drive them to sue at the Common Law.«[38]

Die Schnelligkeit des Verfahrens erschien den englischen Juristen seither als die herausragendste Eigenschaft des Law Merchant; wie sehr sich ihnen diese Vorstellung eingeprägt hatte, zeigt sich auch daran, dass Coke glaubte, die Bezeichnung der Messegerichte als Piepowder Courts rühre daher, dass diese hätten entscheiden müssen, bevor der Staub von den Füßen der Kaufleute hätte fallen können:

»… because that for contracts and injuries done concerning the fair or market there shall be as speedy justice done for the advancement of trade and traffick, as the dust can fall from the foot, the proceedings there being de hora in horam.«[39]

Wie es dabei um die immer wieder erwähnte Schnelligkeit des Verfahrens in der Praxis stand, wird an einer Klage deutlich, die 1458 vor dem Piepowder Court von Colchester verhandelt wurde: Nachdem der Kläger um 8 Uhr morgens erschienen war, um einen auf Rückzahlung einer Schuld in Höhe von £ 60 gerichteten Antrag vorzubringen, wurde der Beklagte zur nächsten Sitzung um 9 Uhr bestellt; als er zu dieser Stunde nicht erschien, wurde der Gerichtsdiener angewiesen, die Waren des Beklagten in Verwahrung zu nehmen und ihm förmlich mitzuteilen, er habe sich um 10 Uhr vor Gericht einzufinden. Dennoch erschien der Beklagte nicht, und da auch um 11 und 12 Uhr seine wiederholte Säumnis festgestellt wurde, fällte man zur Mittagsstunde ein Urteil zugunsten des Klägers und wies die vom Gericht bestellten Gutachter an, den Gegenwert der sichergestellten Waren zu schätzen. Nachdem die Gutachter um 4 Uhr Bericht erstattet hatten, kehrte man sogleich die Waren in Höhe der geschuldeten Summe an den Kläger aus.[40]

Diese Schnelligkeit des Verfahrens resultiert dabei einerseits aus den Verfahrensvorschriften, die dicht aufeinanderfolgende Gerichtssitzungen sowie schnelle Ladung und schnelle Vollstreckung vorschreiben, andererseits aber auch aus seiner wesentlich informelleren Art, da die im Common Law gebräuchlichen Klageformeln nicht in ihrer vollen Strenge eingehalten werden mussten und

38 Statute of the Staple, 27 Edw. III, Cap. 20, abgedr. bei Fifoot, History and Sources of the Common Law (Fn. 27) 315 ff.

39 Sir Edward Coke, The Fourth Institutes of the Laws of England. Concerning the Jurisdiction of Courts, London 1809, 272. Coke irrte allerdings: Die Bezeichnung *piepowder* (auch *piepoudres* oder *pede pulverosi*) rührt daher, dass das Gericht von fahrenden Reisenden frequentiert wurde, welche mit staubigen Füßen von Markt zu Markt wanderten: »Extraneus mercator vel aliquis transiens per regnum non habens certam mansionem infra vicecomitatum sed vagans qui vocatur piepowdrous hoc est anglice dustifute«, Fragmenta Collecta c. 29, König David von Schottland (1124–53) zugeschrieben; zitiert bei: Charles Gross, Select Cases concerning the Law Merchant: Local Courts, Selden Society Vol. 23, London 1908, xiv.

40 Pleas in the Lord Kings Court of Piepowder of the Town of Colchester A. D. 1458, in: Charles Gross, Select Cases (Fn. 39) 122 ff.

die Klagen auch ohne das Erfordernis eines Writ vorgebracht werden konnten. Das Law Merchant unterschied sich damit deutlich von dem formalistischen Verfahren der königlichen Gerichte wie auch von dem ordentlichen Verfahren nach kanonischem Recht;[41] tatsächlich kann erst recht gewürdigt werden, warum das *Little Red Book of Bristol* sich so ausführlich mit dem Verfahren beschäftigt, wenn man das Law Merchant mit dem Common Law vergleicht. Auffallend ist dabei, dass es sich bei dem von den königlichen Gerichten in Westminster gehandhabten Common Law um das Recht der Großen des Reiches handelt, das sich mit den Geschäften des Alltagslebens kaum abgibt.

Das Common Law befasst sich mit Land und Lehen, mit den dem König geschuldeten Abgaben und mit der Bewahrung und dem Bruch des Königsfriedens, und dies mit einer solchen Ausschließlichkeit, dass Glanvill, dem wir die erste Darstellung des Common Law verdanken, seine dürftige Behandlung der Verträge mit der Bemerkung entschuldigt, private Abmachungen würden im Gericht seines Herren, des Königs, für gewöhnlich nicht geschützt.[42] Dementsprechend finden sich in den frühesten Darstellungen des Common Law auch nur wenige Hinweise, wie sich das englische Vertragsrecht im Mittelalter gestaltete; während sich Glanvill mit privatis conventionibus nur am Rande beschäftigt, lässt die ausführlichere Darstellung Bractons dagegen deutlich erkennen, dass sie nicht der Praxis der königlichen Gerichte entnommen ist, sondern auf römischrechtliche Ausführungen zurückgeht, die nur wenige Rückschlüsse auf das mittelalterliche Obligationenrecht zulassen.[43] Wenn man dagegen die Rechtsprechung der Common Law Courts betrachtet, wie sie sich in den seit Anfang des 14. Jahrhunderts erscheinenden Year Books präsentiert, wird erkennbar, dass ein Vertragsrecht im eigentlichen Sinne in dieser Periode noch nicht bestand: So kannte das Common Law noch keine allgemeine Klagbarkeit von Verträgen, sondern gewährte Rechtsschutz für Vereinbarungen nur dann, wenn sie in gesiegelter Urkunde niedergelegt waren, oder aber, wenn eine genau bestimmte Geldschuld geschuldet wurde und eine Vorleistung bereits erfolgt war.[44] Die ersten Ansätze zu einem Vertragsrecht bestanden dementsprechend aus Aktionen, die auf bestimmte, typische Tatbestände abgestimmt waren: der Action of Covenant und der Action of Debt and Detinue.

Die Action of Debt ist die Klage auf Zahlung einer zahlenmäßig fest bestimmten Geldsumme, die anfänglich nur bei einer

41 Auffallende Ähnlichkeiten bestehen allerdings zu dem summarischen Verfahren der Kirchengerichte, wie es für bestimmte Arten von Fällen – darunter auch Handelssachen – durch die Dekretale *Saepe contingit* Papst Clemens V. von 1306 festgelegt wurde; diese bestimmte, dass das Verfahren »einfach und klar und ohne die formalen Argumente und feierlichen Regeln des ordentlichen Verfahrens sein soll«: Der Richter brauchte keine Klageschrift zu verlangen, konnte auf die übliche Art des Klagevorbringens verzichten und war gehalten, alle verzögernden Einwände abzuschneiden.

42 »Private Agreements are not usually protected in the court of our lord the King, and, as to those contracts which are analogous to private agreements, the court of our lord the King does not concern itself«, Glanvill, Book X, Cap. 18, abgedr. bei Fifoot, History and Sources of the Common Law (Fn. 27) 236.

43 Eine ausführliche Würdigung von Bractons' Stellung in der Geschichte des Common Law findet sich bei Sir William Holdsworth, A History of English Law, London 1922–1966, Vol. II, 231 ff.; vgl. auch Paul Vinogradoff, Roman Elements in Bractons' Treatise, in: Yale Law Journal 32 (1923), 751.

44 Holdsworth, A History of English Law (Fn. 43), Vol. II, 525; siehe auch William Craddock Bolland, Manual of Year Book Studies, Cambridge 1925.

Schuldbegründung aus Darlehen, Kauf, Pacht, Bürgschaft oder gesiegelter Urkunde gegeben zu sein scheint.[45] Die obligatorische Natur des Anspruchs ist noch nicht klar herausgearbeitet, wie sich aus der Fassung des Writ ergibt: Das Geld soll dem Schuldner bezahlt werden, denn von Rechts wegen gehöre es ihm. So verlangt es der Gläubiger als »sein Geld«. Die Klage findet ihr Gegenstück in der Action of Detinue, mit der die Klage nicht auf die Herausgabe einer Geldsumme, sondern auf die Herausgabe einer individuell bestimmten Sache gerichtet wird. Wichtig für die spätere Entwicklung wurde im Weiteren vor allem die Anwendung der Actions of Debt and Detinue auf den Kauf, der ursprünglich Realkontrakt ist. Jede der Parteien kann ihren Anspruch erst dann geltend machen, wenn sie selbst etwas geleistet hat. Die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises entsteht daher erst mit der Übergabe der Ware und die Verpflichtung zur Lieferung der Ware mit der Zahlung des Preises. Dies ändert sich Anfang des 15. Jahrhunderts, als die Klage aus Detinue als Klage desjenigen, der zum Besitz einer Sache berechtigt ist, dem Käufer nun sofort mit Abschluss des Vertrages gegeben wird, gleichgültig, ob er den Kaufpreis schon bezahlt hat oder nicht.

Auf einen ähnlichen Weg scheint auch eine andere Aktion des Common Law zu führen, die Action of Covenant, die ihre Grundlage in der schuldbegründenden Wirkung der Urkunde hat: Anfänglich wohl nur mit Beweiswirkung ausgestattet, nimmt die gesiegelte Urkunde immer mehr dispositive Wirkungen an. So wie die gesiegelte Urkunde das Eigentum an einer Sache übertragen kann, überträgt sie auch das »Eigentum« an einer Geldforderung, so dass das Versprechen einer genau bestimmten Geldsumme in einer gesiegelten Urkunde unmittelbar, ohne weiteres Erfordernis eines quid pro quo, einklagbar wird. Die gesiegelte Urkunde wird zum Mittel der Begründung obligatorischer Verpflichtungen überhaupt, so dass seit 1300 auf diese Weise auch obligatorische Ansprüche anderer Art als auf genau bestimmte Geldsummen begründet werden können. Der Action of Covenant liegt der Begriff eines Vertrages zugrunde, dessen Erfüllung verlangt wird. Der Vertragscharakter ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Writ, in dem der Schuldner aufgefordert wird, den mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrag zu halten.[46] Damit ist der Weg zur Ausbildung eines allgemeinen Vertragsbegriffs an sich schon vorbereitet. Es hätte allein des Wegfalls des besonderen Formerforder-

45 Sir Frederick Pollock u. Frederic William Maitland, The History of English Law before the Time of Edward I., 2. Aufl. Cambridge 1898, 210.

46 »Rex, vicecomitii L salutem. Praecipe N abbati de B H de I et E de T quod juste, etc., teneant W de N conventionem inter eos factam de viginti agris terrae suae in K frumento et alio blado competenti seminandis, et de bladis in terris praedictis crescentibus metendis, et ad domum ipsius W sumptibus eorundem abbatis H et E in eadem villa cariandis. Et nisi fecerint, etc.«, abgedr. in: Holdsworth, A History of English Law (Fn. 43), Vol. III, 663.

nisses der Siegelung bedurft, welcher die allgemeine Klagbarkeit privater Vereinbarungen herbeigeführt hätte, doch zu diesem Schritt konnte sich der für die Action of Covenant zuständige Court of Common Pleas nicht entschließen; dementsprechend blieb der Anwendungsbereich der Action of Covenant bis zur Abschaffung der Klageformeln im späten 19. Jahrhundert auf Klagen aus gesiegelten Verträgen beschränkt.

Gleichermaßen wie sich die Action of Covenant nicht zu einer allgemeinen Vertragsklage entwickelte, kam es aber auch nicht zu einer entsprechenden Ausweitung der Action of Debt, da diese Klageform das ihr eigene, altertümliche Verfahren beibehalten hatte, das dem Kläger die Verfolgung seiner Ansprüche außerordentlich erschwerte. Nicht nur, dass der Beklagte das Verfahren durch wiederholte Entschuldigungen für Säumnis außerordentlich in die Länge ziehen konnte, auch war es ihm gestattet, eine auf der Action of Debt aufbauende Klage mit dem sogenannten Wager of Law zu beantworten. Dabei handelte es sich um einen Reinigungseid, bei dem sich der Beklagte darauf beschränken konnte, unter Mitwirkung von elf Eideshelfern zu schwören, dass er nichts schulde, ohne diese Behauptung weiter substantiieren zu müssen. Wenn der Beklagte und die Eideshelfer den Entlastungseid schworen, ohne dabei zu zögern oder sich zu versprechen, so wurde die Klage abgewiesen.[47] Dies wiederum hatte zur Folge, dass eine Klage aus Debt nach dem Tode des Schuldners überhaupt nicht mehr möglich war, da der Erbe mangels genügender eigener Kenntnisse nicht zum Wager of Law zugelassen werden konnte; angesichts dessen, dass ihm dann aber das wichtigste Verteidigungsmittel nicht offengestanden hätte, wurde eine Klage in diesen Fällen erst gar nicht zugelassen. Ein weiterer, mit dem hohen Alter und sachenrechtlichen Charakter der Klage zusammenhängender Mangel war das Erfordernis, den geschuldeten Betrag zahlenmäßig genau angeben zu müssen: Stellte sich heraus, dass der Kläger in der Klage mehr oder weniger als geschuldet verlangt hatte, so wurde er mit der ganzen Klage abgewiesen. Damit wiederum hängt zusammen, dass Ansprüche anderer Art als solche, die auf eine genau bezifferte Geldschuld lauten, insbesondere also Ansprüche auf Schadensersatz, mit der Action of Debt nicht einklagbar waren.[48]

Angesichts dieser Hindernisse kam es während des Mittelalters nur in den seltensten Fällen zu vertragsrechtlichen Klagen vor den königlichen Gerichten in Westminster; stattdessen wandte man sich

47 John H. Baker, An Introduction to English Legal History, 3. Aufl. London 1990, 5 ff., 87 f., 367 ff. Während der Reinigungseid in den soziale Kontrolle gewährleistenden engen Gemeinschaften der früh- und hochmittelalterlichen Gesellschaft durchaus ein wirksames und keineswegs irrationales Beweismittel gewesen sein mag, verlor der Beweis mit der Verlagerung der Verfahren nach Westminster Hall und dem Aufkommen von käuflichen Eideshelfern schnell seinen ursprünglichen Sinn, vgl. A.W.B. Simpson, A History of the Common Law of Contract, Oxford 1975, 138 ff.

48 Vgl. Holdsworth, A History of English Law (Fn. 43), Vol. III, 423 f.

an die kleinen örtlichen Gerichte, an die Kirchengerichte oder aber an die Kaufmannsgerichte der Messen, Märkte und Häfen, die mit ihrem schnellen, formlosen Verfahren, das nicht an die starren Beweisregeln des Common Law gebunden war, dem Anliegen der Rechtssuchenden in weit höherem Maße gerecht wurden. So gestatteten es die Kaufmannsgerichte, Verträge einzuklagen, auch wenn diese nicht den Klagformeln der Action of Covenant oder der Action of Debt entsprachen: weder war es notwendig, einen besiegelten Vertrag vorzulegen, noch war es erforderlich, dass der Kläger seinerseits schon eine Vorleistung erbracht hatte und auf Leistung einer genau bezifferten Geldsumme klagte. Mindestens ebenso wichtig wie der schnelle und informelle Ablauf des Verfahrens aber war es insbesondere für die ausländischen Kaufleute, dass es dem Beklagten nicht möglich war, sich mit Hilfe von gekauften Eideshelfern durch einen Reinigungseid zu entlasten. Nicht ohne Grund nennt die im *Little Red Book of Bristol* enthaltene Abhandlung daher den Ausschluss des Wager of Law als einen der herausragenden Unterschiede zwischen lex mercatoria und Common Law:

»And [the law of the market] differs in a third way because it does not admit anyone to [wager of] law on the negative side, but in this law it always belongs to the plaintiff to prove, for example, by suit or by deed or both, and not to the defendant.«[49]

Mit dem Ausschluss des Reinigungseides geht eine Aufwertung der anderen Beweismittel wie auch eine veränderte Beweislastregelung einher. Wenn die *Lex Mercatoria* festhält, dass es dem Kläger obliege, den Beweis durch Suit oder Deed zu erbringen, so wird dem Kläger dadurch nicht etwa eine Last auferlegt, sondern vielmehr ein Vorrecht gewährt, denn während dem Beweis durch Deed oder gesiegelte Urkunde im Common Law schon immer eine sehr hohe Beweiskraft zukam, war der Beweis durch Suit (secta) oder Augenzeugen mehr als umstritten und wurde meist als unzureichend abgelehnt. Es dem Kläger zu gestatten, den Beweis durch Suit zu erbringen und diese Beweisart mit dem Beweis durch Deed gleichzusetzen, führte daher zu einer erheblichen Stärkung der beweisrechtlichen Stellung des Klägers. Darüber hinaus ist im mittelalterlichen englischen Recht aber auch von einem anderen Verständnis von Beweislast auszugehen. Dies zeigt sich in dem als *Fleta* bekannten Rechtsbuch, in welchem angelegentlich einer Darstellung der Action of Debt die Beweislastregelung des Common

49 »[II.] … Et tercio modo differt in eo quod non admittit aliquem ad legem in parte negativa, sed semper in ista lege querentis est probare, ut per sectam vel per factum seu per utrumque et non defendentis.«

Law erläutert und dann mit der unter Kaufleuten üblichen Regelung verglichen wird:

»So that justice may be even-handed, the proof of the defendant is preferred to that of the plaintiff … And what is said about suit for proving verbal statements can be said about suit produced to prove tallies, for, if they are put forward without suit, the simple oath of the defendant will be accepted against them. The position is different, however, in cities and fairs and among merchants, in whose favour, by grace of the prince, it is granted that proof shall be the privilege of the party asserting the claim, in accordance with the law merchant, and merchants are permitted to prove, by witnesses and a jury, tallies that are repudiated.«[50]

Während also im Common Law der Grundsatz gilt, dass der Beweis des Beklagten dem des Klägers vorgezogen wird, so wird dagegen in Städten, auf Messen und zwischen Kaufleuten dem Kläger durch königliche Gnade in favorem mercatorum das Vorrecht gewährt, den Beweis secundum legem mercatoriam erbringen zu dürfen; dies wiederum erlaubt es ihm, Augenzeugen sowohl für mündlich gegebene Zusagen als auch für Tallies vorzubringen. Gerade der Beweis per talliam stellt aber eine wesentliche Beweiserleichterung für die Kaufleute dar, waren die Tallies oder Kerbhölzer doch unter Kaufleuten ein weit verbreitetes Mittel der gegenseitigen Sicherstellung. Man verwendete sie üblicherweise als Quittungen für geleistete Zahlungen und Warenlieferungen oder als Beleg für ausstehende Leistungen, indem die geleisteten oder noch zu leistenden Summen auf dem Kerbholz durch Kerben von verschiedener Breite, Tiefe und Abstand markiert wurden. Nachdem die Kerben auf dem Holzstab eingeschnitten worden waren, wurde das Kerbholz längs gespalten und die Hälften an die beiden Parteien ausgehändigt. Wenn es zum Streit kam, wurden die beiden Hälften dann wieder aneinandergehalten, wobei die Holzmaserung weitgehenden Schutz vor Fälschungen bot. Kerbhölzer dienten so zur gegenseitigen Sicherstellung wie auch als Schutz gegen Betrug im Geschäfts- und Rechnungswesen und waren im mittelalterlichen England die bevorzugte Weise der Aufzeichnung: Sie waren einfacher und besser aufzubewahren als Pergament, schneller herzustellen und schwieriger zu fälschen. Entgegen dem ersten Anschein waren die Kerbhölzer kein primitives Überbleibsel aus einer vorschriftlichen Zeit, sondern ein effektives Mittel für Aufzeichnungen;[51] während des 12. Jahrhunderts setzten sie sich daher schnell im königlichen Rechnungswesen durch und wurden

50 »In paritate … iuris prius admittatur defensor quam pars actrix in probacione … Et quod dicitur de secta ad vocem probandam dici poterit de secta producta ad tallias probandas, contra quas sine secta prolatas simplici sacramento negans erit credendum. Secus tamen erit in civitatibus et nundinis et inter mercatores, quibus ex gratia principis conceditur ob favorem mercatorum quod parti affirmative secundum legem mercatoriam erit probacio concedanda, et ipsis conceditur tallias dedictas probare per testes et per patriam«, Fleta, Fleta, seu Commentarius juris anglicani, Vol. 2, hg. von Henry Gerald Richardson u. George Osborne Sayles, Selden Society Vol. 72, London 1955, 211 f.

51 Dies wird leider immer wieder verkannt; vgl. nur Kappus, »Lex mercatoria« (Fn. 11) 34, der zum Beweis durch Tally ausführt: »Daß ein Erfordernis solcher Beweisführung unpraktisch war, versteht sich von selbst.«

im 13. Jahrhundert allenthalben auch von Privatleuten übernommen.[52]

Trotz seiner weiten Verbreitung erkannte das Common Law Tallies indes nicht als vollwertiges Beweismittel an; so war es dem Beklagten möglich, den Beweis per talliam durch einen einfachen, nicht einmal weitere Eideshelfer voraussetzenden Eid seinerseits zurückzuweisen.[53] Soweit es den Kaufleuten nun aber secundum legem mercatoriam gestattet wurde, den Beweis sowohl durch Suit als auch durch Tally zu erbringen, während man es dem Beklagten zugleich verwehrte, einzelne Beweismittel durch einfache Eidesleistung zurückzuweisen oder gar die ganze Klage durch Reinigungseid mit Hilfe von Eideshelfern abzuweisen, bedeutete dies eine erhebliche, gerade auswärtige Kaufleute begünstigende Änderung der Beweislage, die zeigt, warum diese Regelung nicht so sehr als Beweislast denn als Beweisvorrecht verstanden werden muss.[54]

Wie schon zuvor bezieht sich lex mercatoria auch insoweit nicht auf materielle Rechtsregeln, sondern steht auch hier in Zusammenhang mit Verfahrensfragen, wie überhaupt weder in der *Lex Mercatoria* genannten Abhandlung, noch bei *Fleta,* der *Carta Mercatoria* oder dem *Statute of the Staple* von materiellem Recht die Rede ist, geschweige denn von einem einheitlichen, selbständigen und zusammenhängenden System materieller Rechtsregeln, wie Harold J. Berman es annimmt. Was an Systematik zu erkennen ist, wie etwa der Verweis auf die Action of Debt und Action of Covenant, die Beweisregeln zu Suit, Tally und Wager of Law sowie die Verfahrensregeln zu Ladung, Säumnis und Vollstreckung, ist durchgehend der Begrifflichkeit des Common Law entnommen; nicht ohne Grund spricht der Verfasser der *Lex Mercatoria* in seiner Schrift daher auch vom Common Law als der Mutter der lex mercatoria, die ihre Tochter an bestimmten Orten mit bestimmten Privilegien ausgestattet habe:

»[IX.] … Lex communis, que est mater legis mercatorie et que suam filiam ex certis privilegiis et in certis locis dotavit.«

Was ist nun die lex mercatoria? Ganz offensichtlich ist sie kein System materieller Rechtsregeln, nimmt man die mittelalterlichen Quellen ernst. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der englische Kaufmann Gerard Malynes in seiner *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria: or, the Ancient Law Merchant* auf ein seit dem

52 So gab die königliche Schatzkammer im Michaelmas Term 1224 vier Shilling für Pergament, aber fünf Shilling für Kerbhölzer aus, siehe Michael T. Clanchy, From Memory to Written Record, 2. Aufl. Oxford 1993, 123.

53 S. F. C. Milsom, Historical Foundations of the Common Law, 2. Aufl. Toronto 1981, 253 f.

54 Vgl. auch *Lex Mercatoria* and Legal Pluralism (Fn. 9), 64.

Mittelalter bestehendes, in ganz Europa geltendes Kaufmannsgewohnheitsrecht bezieht, geschieht dies doch nicht so sehr aus Interesse an der Geschichte des Kaufmannsrechts denn als parteiische Stellungnahme in einer hochaktuellen Kontroverse: dem Streit um die Zuständigkeiten der englischen Gerichte in kaufmännischen Angelegenheiten. Vorausgegangen war dieser Auseinandersetzung der langsame Niedergang der alten örtlichen Kaufmannsgerichte, wie sie im *Little Red Book of Bristol* aufgeführt werden, verursacht zum einen durch den Bedeutungsverlust, den Messewesen und Stapelhandel im ausgehenden Mittelalter hinnehmen mussten, zum anderen durch die Bemühungen der Courts of Common Law, die lokalen Gerichte zurückzudrängen und sich deren Kompetenzen anzueignen.[55] Diese Verdrängung der alternativen Gerichtsbarkeiten durch das Common Law war zur Tudorzeit schon so weit gediehen, dass allein der im 14. Jahrhundert aufgekommene Court of Admiralty als ordentliches Gericht für den auswärtigen Seehandel verblieb; ausgerechnet dieser sollte aber im Zuge der Justizreformen der Tudorkönige eine sich auf die königliche Prärogative stützende, umfassende Zuständigkeit in allen See- und Handelssachen erlangen und dadurch in erbitterte Konkurrenz zu den Common Law-Gerichten geraten.

Verschärft wurde dieser Gegensatz schließlich noch durch den Verfassungskonflikt der Stuartzeit, in dem sich die Sache des Common Law und seiner Gerichte mit der Sache des Parlaments verband, während die Könige aus politischen Gründen das von Sondergerichten wie der Star Chamber und dem Court of Admiralty angewandte römische Recht favorisierten.[56] Die Kaufmannschaft aber, die das Common Law stets gemieden hatte, sah sich mit einem Mal mit der Aussicht konfrontiert, künftig womöglich nur noch vor den Common Law Courts klagen zu können; es nimmt daher nicht wunder, dass nicht nur der Kaufmann Malynes, sondern auch noch eine ganze Reihe anderer Autoren zu beweisen suchten, dass sich die Kaufleute schon von alters her nach dem Law Merchant richteten, welches eine Rechtsordnung sei, die in allen Ländern gelte und unabhängig vom Willen des Herrschers sei.[57] Soweit sich Malynes dabei auf die Altehrwürdigkeit der lex mercatoria, das »Ancient Law Merchant« beruft, ist dies keine historische Aussage, sondern bloße Rhetorik zur Stärkung ihres Ansehens.

Der Versuch, die Alleinherrschaft des Common Law aufzuhalten, ist letztlich gescheitert; die Vorstellung von der lex mer-

55 Holdsworth, A History of English Law (Fn. 43), Vol. I, 544 ff.

56 Siehe Daniel R. Coquillette, The Civilian Writers of Doctors' Commons, London, Berlin 1988, 97 ff.

57 Ernst Schulin, Handelsstaat England. Das politische Interesse der Nation am Außenhandel vom 16. bis ins frühe 18. Jahrhundert, Wiesbaden 1969, 61 ff. und Coquillette, The Civilian Writers (Fn. 56) 133 ff.

catoria als einer universal und gleichförmig geltenden kaufmännischen Rechtsordnung ist seit jener Zeit aber bei uns geblieben: Sie wirkt über den universalgeschichtlichen Ansatz Levin Goldschmidts bis in die aktuelle Debatte um eine moderne lex mercatoria nach, auch wenn sich die Idee, dass die lex mercatoria ein auf dem ius gentium fußendes, einheitliches System von materiellen Rechtsregeln sei, in den mittelalterlichen Quellen nicht wiederfinden lässt. Nur zu plausibel scheint nach wie vor die Annahme eines universalen Kaufmannsrechts, das auf Rechtsgrundsätzen geruht habe, »die allen damaligen Rechtssystemen gemeinsam waren und die den besonderen Bedürfnissen der Kaufmannschaft angepaßt wurden«.[58] Wenngleich die »Interessen des Handelsverkehrs« und die »Bedürfnisse der Kaufleute« aber auch immer wieder formelhaft angerufen werden, so verkennt und überschätzt man dabei sowohl, welche Bedeutung die Kaufleute dem Recht beimessen, als auch das Ausmaß, in dem sich die Gerichte an den Kaufleuten ausrichten, denn diese kommen in der Binnenperspektive der Justiz nicht vor. Das operativ geschlossene Justizsystem orientiert sich primär an Kompetenzsteigerung und Einkommensvermehrung. Dies zeigt sich nur zu deutlich an den Versuchen der Common Law Courts, die anderen Gerichtsbarkeiten zu entmachten, erfolgte die Abschaffung des Court of Admiralty doch trotz des Interesses der Kaufleute an seiner Beibehaltung.

Gleichermaßen scheinen die Juristen auch zu verkennen, auf was sich die »Bedürfnisse der Kaufleute« richten, wenn sie unterstellen, diese seien an einem einheitlichen Recht in ganz Europa und an größtmöglicher Rechtssicherheit interessiert gewesen; es fragt sich hier, ob dies nicht eher die Wünsche der Juristen denn die der Kaufleute widerspiegelt. Versucht man zu ergründen, was die Kaufleute von der Justiz erwarteten, so sieht man, dass die Kaufleute vor allem nach einem schnellen und billigen Verfahren suchten, welches sie in der mittelalterlichen lex mercatoria mit ihrem sich stark vom Common Law unterscheidenden, informellen, summarischen Verfahren mit erleichterten Beweisregeln und einer größeren Rationalität der Beweismittel fanden. Nachdem ihnen der Gang zu den Kaufmannsgerichten im ausgehenden Mittelalter aber immer mehr erschwert wurde, wandten sie sich an den Court of Admiralty, welcher nach dem Civil Law, also dem ius commune, urteilte; und als auch dieser Weg dann im Gefolge der politischen Auseinandersetzungen zwischen Krone und Parlament verstellt

58 Berman, Recht und Revolution (Fn. 12) 552.

wurde und ihnen nur noch die Common Law Courts offenstanden, zogen es die Kaufleute vor, ihre Fälle schlichten oder durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen. Auch wenn sich die Richter der Common Law-Gerichte mit allen Kräften darum bemühten, ihre Kompetenzen auszudehnen und die lukrativen handelsrechtlichen Fälle vor ihre Gerichte zu ziehen, war ihnen daher kein sonderlicher Erfolg beschieden: So sind Verfahren vor den Common Law Courts, an denen Kaufleute beteiligt sind, noch bis 1700 so selten, dass die ersten Law Reports lediglich in 12 von insgesamt 265 berichteten Fällen einen im weitesten Sinne handelsrechtlichen Bezug ausweisen.[59] Die Common Law-Gerichte waren und blieben für mehr als ein Jahrhundert unter Kaufleuten hochgradig unbeliebt. Mochten die Gerichte auch noch so sehr für Rechtssicherheit sorgen, so störten sich die Kaufleute doch viel mehr an dem großen Aufwand an Zeit und Geld, der am Ende nur zu einer völligen Erschöpfung der streitenden Parteien führe:

»The Suite is commonly first commenced in the Admiralty Court … The Defendant brings his Writ of Prohibition, and removes the Cause into his Majesties Court of King's Bench, where after great Expences of Time and Money, it is well if we can make our own Council (being common Lawyers) understand one half of our Case, we being amongst them as in a Foreign Country, our Language strange to them, and theirs as strange to us; after all … the Cause must come into the Chancery, where after many Years tedious Travels to Westminster, with black Boxes and green Bags, when the Plantiff and Defendant have tired their Bodies, distracted their Minds, and consumed their Estates, the Cause if ever it be ended, is commonly by order of that Court referred to Merchants, ending miserably, where it might have had at first a happy issue if it had begun right.«[60]

Es nimmt daher nicht wunder, dass es die englischen Kaufleute vorzogen, einem Verfahren vor den Common Law Courts so gut als nur möglich aus dem Weg zu gehen, sei es nun durch Schlichtung und Schiedsgerichtsbarkeit oder aber mit Hilfe eines ausgefeilten Kautelarwesens, das es ihnen erlaubte, ihre Vertragsbeziehungen vor der Rechtszuständigkeit des Staates abzuschirmen. Soweit die englische Kaufmannschaft aber eigenständige Regelungs- und Organisationsmodelle entwickelte, die den Rückgriff auf das staatliche Recht weitgehend entbehrlich machten, zeigen sich auffällige Parallelen zur modernen lex mercatoria. Auch wenn das englische Law Merchant nicht als Kronzeuge für ein gemeineuropäisches Privatrecht dienen kann, kann es daher doch lohnen, sich eingehender mit den strukturellen Gemeinsamkeiten von mit-

59 Siehe H. S. Fifoot, Lord Mansfield, Oxford 1936, 13.

60 Sir Josiah Child, A New Discourse of Trade, London 1693, 113.

telalterlicher und moderner lex mercatoria zu beschäftigen, denn *arbitration*, *conflict avoidance* und *forum shopping* sind nicht erst die Antwort der globalen Märkte auf die Herausforderungen einer transnationalen Weltwirtschaft, sondern waren schon lange vor Anbruch der Moderne bekannt.

Kent D. Lerch